



CONCEPTO 86 DE 2016

(agosto 3)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/ 1760687857

Bogotá, D.C.

Señora:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Su derecho de petición de consulta con Radicado No. 1760687857 de 15 de julio de 2016

En atención a su derecho de petición de consulta, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto, en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Es obligatorio en Colombia vacunar a los niños? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de no hacerlo?
¿Pueden los padres rehusarse a que sus hijos reciban las vacunas?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente se estudia: 2.1. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes. 2.2. La protección integral de los niños, niñas y adolescentes. 2.3. De la patria potestad. 2.4. El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes. 2.5. El consentimiento en los procedimientos médicos en el caso de niños, niñas y adolescentes. 2.6. La verificación de la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 2.7. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; 2.8. El Caso Concreto.

2.1 El Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral primero de su artículo tercero establece que (...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Subraya fuera de texto).

La Constitución Política en su artículo 44 enuncia los derechos fundamentales de los niños y establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo, la Carta contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia[1] se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar orientadas por el principio del interés superior de los niños, niñas o adolescentes.[2]

En efecto, la Corte ha afirmado que: El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.[3]

Así mismo, sostuvo que: El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio, 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.[4]

Por todo lo anterior, las actuaciones de las autoridades y servidores en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como en las demás actuaciones (incluso las de los particulares) que involucran sus derechos fundamentales, deben preservar dicho interés superior, de acuerdo con los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2 La protección integral de los niños, niñas y adolescentes

Como lo ha manifestado esta Oficina Jurídica,[5] la teoría de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes tiene su fundamento como obligación de los Estados en la Convención de los Derechos del niño, la cual fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 12 de 1991. Dicha doctrina empezó a ser aplicada en Colombia con la finalidad de adecuar nuestra legislación de infancia y adolescencia a los

postulados y estándares constitucionales del Estado social y democrático de Derecho y de los convenios internacionales ratificados por Colombia en la materia.

La doctrina de la protección integral reconoce a los niños, niñas y adolescentes como personas autónomas y titulares de derechos y deberes, debiendo ser protegidos de manera integral y amplia, no sólo cuando sus derechos son vulnerados.[6] El ámbito de respeto de dichos derechos y de prevención de cualquier abuso en su contra, es amplio, garantista y propende porque en todo momento y lugar los menores de edad gocen plenamente de dichos derechos.

Como se señaló, en atención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, existe una responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado en cumplimiento de sus obligaciones básicas con los menores de edad y así como la responsabilidad de generar políticas públicas que garanticen y promuevan los derechos de la niñez y la adolescencia, así como la prevención de amenazas y vulneraciones.

En tal sentido, la Ley 1098 de 2006 pretendió seguir profundizando en estos objetivos y en el fortalecimiento del cumplimiento, de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia, por parte del Estado colombiano. Así, en el artículo 7, consagró dicho principio de la protección integral en los siguientes términos: Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Dicho artículo precede el que está dedicado al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se estructura de manera armónica dicha institución con el principio de protección integral.

En sentencia T-1015 de 2010, la Corte Constitucional hizo énfasis en la calidad de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional, la cual es de tal magnitud que se encuentra reforzada de acuerdo con el criterio de la Corte, así: [L]a jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los Menores.[7]

Como ya se dijo, en aras de dar cumplimiento al principio de protección integral de niños, niñas y adolescentes, se hace necesaria su efectiva protección, así como la prevención de cualquier amenaza, inobservancia o vulneración, labor en la que deben participar de manera articulada la familia, la sociedad y el Estado, garantizando el restablecimiento de los derechos que así lo requieran.

2.3 De la patria potestad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria,

en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribire todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los (...) actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007, puntualizó: En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio) Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión. - En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo.[8]

En efecto, en esta sentencia, enuncia como características de la patria potestad las siguientes: - Se aplica excesivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados. - Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio - Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio - Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. - Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. - La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad en sentencia C - 145 de 2010 la Corte Constitucional indicó que: Estos se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.[9]

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la

autoridad de los padres. Corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro, de acuerdo con el Código Civil en sus artículos 288 y 307.

Respecto de la patria potestad, la Corte ha indicado que es de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

Por las razones expuestas podemos concluir de la patria potestad, que los padres, de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la misma sobre su menor hijo, es decir, no pueden “suspenderla o perderla” para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con sus hijos. La pérdida o suspensión de la patria potestad, por ser ésta una institución jurídica constitucional y legalmente irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal, debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente.

2.4 El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes

Siendo el derecho a la salud uno de aquellos fundamentales^[10] que para el caso de los menores de edad, además de estar previsto en la Constitución Política, fue incorporado en nuestro ordenamiento mediante el artículo 24 de la Ley 12 de 1991 (en la mencionada adopción de la Convención sobre los Derechos del niño), fue profundizado posteriormente, en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006, así: Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

Acorde con la anterior disposición el artículo 29 prevé que son derechos imposterables de la primera infancia, entre otros la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación y la protección contra los peligros físicos; el artículo 39 establece la obligación de la familia de incluir a los niños, las niñas y los adolescentes en el sistema de salud y de seguridad social desde momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos; el artículo 41 ordena al Estado que garantice de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar, y adelantar los programas de vacunación y prevención de las enfermedades que afectan a la infancia y a la adolescencia y de los factores de riesgo de la discapacidad; el artículo 46 establece la obligación especial del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, de diseñar y desarrollar programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria, suplementación nutricional, vigilancia del estado nutricional y mejoramiento de hábitos alimentarios.

La Corte Constitucional, en su sentencia de tutela 973 de 2006, recalcó el carácter prioritario e inmediato con el que debe ofrecerse el tratamiento a un menor de edad enfermo, lo cual implica que ante el riesgo de la vida de un niño, niña o adolescente, no es posible oponer razones económicas, jurídicas ni personales que vulneren dicho derecho o conduzcan a la violación del mismo. Así lo dijo la Corte: (...) el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente En este ámbito, no obstante la

autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.[11] (Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, la prestación del servicio de salud debe ser continua e ininterrumpida, mientras se superan las condiciones de enfermedad o de afectación a la salud, máxime cuando se trata de un estado de emergencia o urgencia en la prestación de dicho servicio y no es admisible en ningún momento que se esgriman razones, incluso de orden religioso, moral o político, para interrumpir dicha atención, poniendo de tal forma en riesgo la vida del menor de edad.[12]

2.5 El consentimiento en los procedimientos médicos en el caso de niños, niñas y adolescentes

La jurisprudencia constitucional ha señalado que en virtud del principio de autonomía individual, todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario y quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico.

De igual manera, los artículos 1 y 15 de la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica, señalan que (...) el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...).

De este modo el médico (...) pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Es de tan importante la existencia de tal consentimiento hasta el punto que en el ordenamiento internacional se ha establecido como un derecho fundamental autónomo. En efecto, el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 4 de abril de 1997 consagró: Artículo 5 Consentimiento Regla General. Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.// Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicho consentimiento se caracteriza por ser libre, informado, autónomo, constante y cualificado. Sobre la naturaleza de cada una de estas características, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 560A de 2007:

El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de perjuicio o coacción que limite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan contrarrestar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo, con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo, rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada.

Ahora bien, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, son sus padres o sus representantes legales los que deben prestar la autorización para la realización de cualquier procedimiento o tratamiento médico, lo que se ha denominado como consentimiento sustituto. No obstante lo anterior, este consentimiento no se traduce en un poder absoluto, sino que, por el contrario, debe tenerse en consideración la opinión de los menores de 18 años, y bajo ciertas circunstancias, solo será válido el consentimiento emanado de los infantes.

El consentimiento sustituto es una manifestación de la patria potestad, a través de la cual se pretende mejorar las condiciones de salud de los hijos, por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro.[13]

En este orden de ideas, se ha dicho que tal facultad garantiza la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo y se encuentra consagrada en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 que dispone: El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la garantía del derecho a la vida y a la salud implica que los pacientes obtengan información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece. Lo anterior con el fin de que el sujeto afectado, en ejercicio de la cláusula general de libertad, esté en condiciones de optar, de forma autónoma, por el tratamiento que juzgue conveniente o por la no práctica de terapia alguna.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-052 de 2010 sostuvo: Siendo titular de su propia vida, la decisión respecto de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal del paciente, la cual se encuentra íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas, superándose así la visión paternalista de la salud -que rigió por mucho tiempo- según la cual el médico aceptaba libremente las determinaciones clínicas a favor de su paciente sin su pleno consentimiento.

En este sentido, ese alto tribunal ha considerado que el consentimiento informado implica que el médico tiene la obligación de ilustrar, con base en su conocimiento técnico, el procedimiento o tratamiento que constituya la mejor alternativa para curar, paliar o mitigar el dolor que produce la enfermedad del paciente. Así, le compete al profesional de la salud explicar de modo claro, completo detallado y preciso las ventajas, implicaciones y riesgos que le puede traer su práctica, con el fin de que el paciente se haga cargo de su propia situación.

Por su parte, el paciente tiene el derecho a elegir si se somete o no al procedimiento, de conformidad con sus concepciones personales y sus creencias, sin que se le pueda imponer una vía terapéutica en contra de su voluntad, aunque según el criterio médico esa resulte ser más idónea o la curativa de la enfermedad.

En razón de esto, se ha admitido en el ordenamiento jurídico colombiano la negativa de los pacientes a recibir ciertos procedimientos aduciendo creencias personales o religiosas.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una razón válida para restringir el derecho del paciente o de su representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En razón a ello, la Corte ha señalado que ciertas determinaciones de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la integridad y vida de los niños, niñas y adolescentes. Sobre el particular ha privilegiado los derechos de los niños frente a las creencias religiosas o de cualquier otra índole.

Es así como la Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 1994, estudió el caso del médico tratante de una menor de edad quien interpuso acción de tutela en contra de los padres con el fin de que se le amparara el derecho a la vida, consagrado en los artículos 11 y 44 de la Constitución Política. La madre había llevado a su consultorio a la niña, a quien le diagnosticó bronconeumonía, desnutrición y deshidratación, razón por la cual advirtió que debía ser hospitalizada inmediatamente. No obstante, no obtuvo su autorización por cuanto su culto religioso se lo impedía. El máximo tribunal constitucional consideró que no podía excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a los niños, niñas o adolescentes, so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres, sosteniendo lo siguiente:

No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona -en el caso sub examine a una menor- como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica (ART. 14 C.P.), la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad (...).

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo de salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior.[14]

Una situación similar fue abordada por la Corte Constitucional en la sentencia T-474 de 1996. En este caso se trataba de un adolescente, a quien le faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, el que se negaba a recibir un tratamiento de quimioterapia. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle. Sostuvo que (...) el tratamiento era entonces necesario no solo para amparar la vida y salud sino también para proteger la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro. Por consiguiente, en este caso, la Corte consideró que, debido a esas circunstancias, primaba el deber estatal y parental de proteger la vida del menor de edad.

Por último, es preciso referirse al criterio del médico tratante, pues a partir de la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional recogió los diferentes pronunciamientos que hasta esa fecha se habían hecho frente a la protección del derecho a la salud, resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

Resaltando la importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste: (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quien actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, el profesional de la salud es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

Se concluye entonces que en el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a su integridad personal, es un deber prioritario y por tanto, resultan, en principio, admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra de la determinación de los padres o tutor.

2.6 La verificación de la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Respecto a la verificación de derechos prevista en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2008, es preciso señalar que la debe realizar la primera autoridad administrativa que conozca del evento de riesgo o daño para el menor de edad, más allá de criterios de competencia meramente formales.

Ésta verificación de derechos debe ser sin lugar a dudas real y efectiva, pero ante todo reflexiva, pues convertirla simplemente en un requisito de procedibilidad para que un niño, niña o adolescente sea atendido, sería ir en contravía de los derechos fundamentales de los menores de edad, que gozan de una protección reforzada.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-502 de 2011 que:

En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 51, 52, 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

Así, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 52, ubicado en el Capítulo 11 referente a "Medidas de restablecimiento de los derechos", prevé una obligación general a cargo de las autoridades públicas, en el sentido de verificar la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, examen que comprenderá la realización de un estudio sobre los siguientes aspectos:

(...)

2. Estado de nutrición y vacunación

(...)

Parágrafo 1o. De las anteriores actuaciones se dejará constancia expresa, que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos.

Parágrafo 2o Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal.

Una vez adelantada la anterior verificación, la autoridad competente contará con los suficientes elementos de juicio para adoptar alguna de las medidas de restablecimiento de derechos consignadas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

Al respecto es importante resaltar que las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en la Ley 1098 de 2006, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

2.7 El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. Frente a lo cual la Corte Constitucional ha dicho: Es responsabilidad del Estado, a través de sus autoridades, informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. // En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 52, 52, 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).[15]

Por su parte, el Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este proceso especial, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la Ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

2.8 El caso concreto

1. Cuáles son las consecuencias legales que les acarrearán a los padres la decisión de no vacunar a sus menores hijos.

Los padres, como primeros responsables de los niños, niñas y adolescentes, deben velar porque a sus hijos no se les vulnere, amenace e inobserve derecho alguno, así las cosas, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la salud, es catalogado como un derecho fundamental y que los niños, niñas y adolescentes no cuenten con las vacunas requeridas para la edad, se considera como una trasgresión a dicho derecho.

En virtud de lo anterior, si como consecuencia de la verificación de derechos, se encuentra que el niño, niña o adolescente no tiene todos sus derechos garantizados, la autoridad competente (Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía) deberá iniciar un Proceso de Restablecimiento de Derechos y adoptará las medidas acorde con dicha amenaza o vulneración.

2. En Colombia es obligatoria la vacunación de los menores.

Como se mencionó en el punto anterior, el derecho a la salud es considerado un derecho fundamental del niño, niña o adolescente, que no puede ser amenazado o vulnerado por ninguna persona, así las cosas, una de las acciones que deben realizar los padres para garantizar a sus hijos el goce efectivo de ese derecho es el de

garantizar a sus hijos la aplicación de las vacunas que requiere según su edad y de acuerdo al esquema de vacunación existente.

3. Existe alguna objeción que permita a los padres tomar la decisión de no vacunar a los menores (Por ejemplo que existan antecedentes adversos en la salud del menor directamente relacionada con la vacuna, o de hechos médicos debidamente documentados)

Ni en la Ley colombiana, ni en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia existe⁴ excepción alguna que permita abstenerse a los padres de la obligación de garantizar la aplicación del sistema de vacunación a sus hijos.

Ahora bien como lo registra el Ministerio de Salud: “Las vacunas incluidas en el esquema nacional de vacunación son seguras y eficaces, razón por la cual cuentan con el apoyo de la Sociedad Colombiana de Pediatría”.^[16]

Frente a una posible afectación de la salud de un niño, niña o adolescente por la aplicación de determinada vacuna, debe encontrarse suficientemente documentada y certificada por el médico tratante que conozca el estado particular de su salud.

4. Esta omisión autoriza o permite al Estado quitar la custodia del menor a la madre y entregarla al ICBF?

Como se mencionó en el primer punto, si la autoridad administrativa previa verificación de derechos observa que los padres no son garantes de los derechos de sus hijos deberán iniciar el Proceso de Restablecimiento de Derechos y de acuerdo a ello, tomar una o varias de las medidas contempladas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

En los anteriores términos, se da respuesta a su derecho de petición.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Ley 1098 de 2006

2. Corte Constitucional Sentencia T - 408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

3. Ibid Sentencias T-503 de 2003 y T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en Sentencia T - 502 de 2011 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
4. Ibid. Sentencia T - 587 de 1997, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.
5. ICBF OAJ. Concepto No. 71 de 6 de junio de 2014.
6. Ibid
7. Corte Constitucional. Sentencia T - 1015 de 7 de diciembre de 2010. M P.: Luis Ernesto Vargas Silva
8. Ibid. Sentencia C - 1003 de 2007. M.P Clara Inés Vargas Hernández.
9. Ibid. Sentencia C - 1003 de 2007 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
10. Este carácter de derecho fundamental lo ha reiterado de manera especial Corte Constitucional en las sentencias T - 859 de 2003, T -060 de 2007. T-148 de 2007 y T- 760 de 2008, dentro de una línea jurisprudencial extensa y concordante.
11. Corte Constitucional Sentencia T- 973 de 24 de noviembre de 2006 M.P Humberto Antonio Sierra Porto
12. En un sentido similar es orientadora la postura de la Corte Constitucional en su sentencia T -030 de 25 de enero de 2000 M.P Fabio Morón Díaz
13. Corte Constitucional Sentencia C -900 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Ibid. Sentencia T - 411 de 19 de septiembre de 1994 M.P : Vladimiro Naranjo Mesa
14. T-671-10 M P Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.